

ESTUDIOS

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA¹

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ
Universidad de Valladolid

Cómo citar/Citation

Laguna de Paz, J. C. (2019).
Ámbito de aplicación del derecho, de la competencia.
Revista de Administración Pública, 208, 17-49.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.01>

Resumen

Las normas de defensa de la competencia utilizan un concepto material de empresa, en el que es indiferente la forma jurídica de la entidad, su naturaleza pública o privada y su modo de financiación. Lo relevante es que lleve a cabo una actividad económica. No se aplican, pues, a las actividades que se organizan en base a criterios de solidaridad. Las autoridades administrativas no pueden tampoco ser sancionadas por prácticas anticompetitivas cuando ejerzan potestades públicas. No obstante, dicha actuación podrá ser anulada por contravenir las normas de defensa de la competencia. No se aplican tampoco a las restricciones amparadas en el derecho de la UE o en leyes estatales, ni a las conductas que sean objeto de regulación sectorial.

Palabras clave

Competencia; conductas colusorias; abuso de posición dominante; potestades públicas; regulación.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Fundamentos de una codificación del Derecho Administrativo general básico español», que cuenta con financiación del Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia (DER2015-66525-P).

Abstract

Competition law uses a substantive concept of undertaking, regardless of its legal status (private or public) and the way in which it is financed. What is relevant is that the undertaking is engaged in an economic activity. Therefore, competition law does not apply to activities which are carried out based on solidarity principles. Administrative authorities cannot be sanctioned for anti-competitive practices when exercising the powers of a public authority. However, such action might be annulled for infringing competition law. Competition law does not apply either to restrictions of competition covered by EU law or state laws, or to behaviors covered by sector-specific regulation.

Keywords

Competition; collusive behavior; abuse of dominant position; public powers; regulation.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: 1. Entidades privadas: 1.1. *Grupo de empresas*. 1.2. *Empresas titulares de derechos especiales*. 1.3. *Empresas titulares de derechos exclusivos*. 2. Entidades públicas: 2.1. *Empresas públicas*. 2.2. *Corporaciones públicas sectoriales*. III. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: 1. Actividad económica: 1.1. *Prestación de bienes y servicios en el mercado*. 1.2. *Actuaciones públicas empresariales*. 1.3. *Exclusiones*. 2. Actuación autónoma: no impuesta por la normativa. IV. CONDUCTAS REGULADAS: 1. *Actuaciones colusorias*. 2. *Abuso de posición dominante y conductas monopólicas*. 3. *Concentraciones empresariales*. 4. *Competencia desleal*. V. INCIDENCIA EN EL MERCADO: 1. *Ejercicio anticompetitivo del poder de mercado*. 2. *Delimitación del mercado relevante*: 2.1. *Su relevancia*. 2.2. *Dimensiones*. 3. *Identificación del poder de mercado*. VI. LÍMITES A SU APLICACIÓN: 1. *Restricciones amparadas por el derecho de la UE*. 2. *Restricciones que resulten de la aplicación de una ley*: 2.1. *La ley puede ser contraria al derecho de la UE o a la Constitución española*. 2.2. *Actuaciones específicamente excepcionadas por la ley*. 3. *Actuaciones objeto de regulación sectorial*: 3.1. *Conductas no reguladas por el derecho de la competencia*. 3.2. *Regulación sectorial que proteja los mismos bienes jurídicos*. 3.3. *Regulación sectorial que deje un margen de actuación autónomo*. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia está necesitado de clarificación, sobre todo, en relación con las conductas colusorias y el abuso de posición dominante. Hay que tener en cuenta que las organizaciones que intervienen en el mercado adoptan múltiples formas (profesionales, personas jurídicas, grupos de empresas, corporaciones públicas sectoriales, etc.), están sujetas a variados regímenes jurídicos (servicios de interés general, derechos especiales o exclusivos, etc.) y pueden tener fines diversos (lucrativos o no lucrativos) (punto II). A este respecto, las normas de defensa de la competencia adoptan un concepto material de empresa, en el que lo

relevante es que la entidad, de manera autónoma, lleve a cabo una *actividad económica* consistente en la prestación de bienes y servicios en el mercado (punto III). Es por eso que no se aplican a los servicios sociales de interés general. Por lo mismo, las autoridades administrativas pueden ser sancionadas por prácticas colusorias o abuso de posición dominante cuando lleven a cabo actuaciones económicas de carácter material o en régimen jurídico-privado, pero no cuando ejerzan potestades públicas. Estas últimas podrán ser ilícitas por contravenir las normas de defensa de la competencia, pero solo podrán ser anuladas utilizando los recursos judiciales que prevé el ordenamiento jurídico.

No hay que olvidar tampoco el limitado alcance del derecho de la competencia. Sus normas se aplican de manera horizontal a todos los sectores económicos, pero *solo regulan determinadas conductas empresariales* (punto IV), que además han de tener entidad suficiente para *incidir en el proceso competitivo en el mercado* (punto V).

Por último, la defensa de la competencia debe compatibilizarse con la consecución de otros objetivos de interés general. Esto explica que *no se apliquen* a las restricciones amparadas en el derecho de la Unión Europea (UE) o en leyes estatales, siempre que sean conformes con las normas europeas (punto VI). No se aplican tampoco a las conductas que sean objeto de regulación sectorial, salvo que esta deje un margen de actuación que pueda ser utilizado para la realización de conductas anticompetitivas.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Las normas de defensa de la competencia regulan la actuación de las *empresas* [arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y arts. 1 a 3 de la Ley 15/2007, de 3.7, de Defensa de la Competencia (LDComp)]². i) En el *derecho de la UE*, este concepto ha sido interpretado *en sentido material*, de manera que identifica a cualquier organización que realiza una actividad económica, con independencia de su naturaleza, pública o privada, de su forma jurídica y de su modo de financiación³. La prevalencia de

² J. C. Laguna de Paz (2016), *Derecho Administrativo Económico*, Madrid: Civitas-Thomson-Reuters, págs. 337-341.

³ Asunto C-41/90, *Höfner y Elser*, EU:C:1991:161, marg. 21; asuntos C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre*, EU:C:1993:63, marg. 17; asunto C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance*, EU:C:1995:392, marg. 14; asunto C-67/96, *Albany*, EU:C:1999:430, marg. 77; asuntos C-115/97 a C-117/97, *Brentjens*, EU:C:1999:434, marg. 77; asunto C-219/97, *Drijvende Bokken*, EU:C:1999:437, marg. 67; asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, EU:C:2000:428, marg. 74.

las normas de la UE asegura su aplicación homogénea, con independencia de la calificación jurídica que merezca la organización en el derecho nacional⁴.
ii) El *derecho español* utiliza también un *concepto material de empresa*, por lo que es indiferente la naturaleza, pública o privada, de la entidad. Lo relevante es su actuación como operador económico.

1. ENTIDADES PRIVADAS

Las normas de defensa de la competencia se aplican a las *empresas privadas*, a los *profesionales*⁵, a las *personas físicas*⁶ o, incluso, a las *organizaciones sin fines de lucro* (por ejemplo, comunidades religiosas), en la medida en que realicen una actividad económica⁷. Se aplican también a las empresas encargadas de la prestación de *servicios económicos de interés general* o que tengan el carácter de *monopolio fiscal*, salvo que ello impida el cumplimiento de la tarea de interés general que tengan encomendada (art. 106.2 TFUE). A continuación vamos a referirnos a algunos supuestos particulares.

1.1. Grupo de empresas

A efectos de la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, la jurisprudencia europea considera que *constituyen una sola empresa las entidades integradas en un mismo grupo empresarial, siempre que no definan de manera autónoma su comportamiento*, sino que esencialmente apliquen las instrucciones que imparte la sociedad matriz⁸. Esta valoración debe hacerse en cada caso, a la vista de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que existan entre las empresas⁹. No obstante, cuando la matriz posea el 100% del ca-

⁴ Asunto C-123/83, *BNIC v. Clair*, EU:C:1985:33, marg. 17; asunto C-35/96, *Comisión v. Italia*, EU:C:1998:303, marg. 40.

⁵ Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, EU:C:2000:428, marg. 77 (médicos); asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, marg. 49 (abogados).

⁶ Asunto C-189/02 P, *Dansk Rørindustri y otros v. Comisión*, EU:C:2005:408, marg. 113.

⁷ Asunto asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania y otros*, EU:C:2017:496, marg. 43; asunto 196/87, *Steymann*, EU:C:1988:475, marg. 9 y 14.

⁸ Asunto T-203/01, *Michelin v. Comisión*, EU:T:2003:250, marg. 290; asunto T-112/05, *Akzo Nobel y otros v. Comisión*, EU:T:2007:381, marg. 58; asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International Inc*, EU:C:2012:479, marg. 43.

⁹ Asunto T-112/05, *Akzo Nobel y otros v. Comisión*, EU:T:2007:381, marg. 73 y 74; asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International Inc*, EU:C:2012:479, marg. 45.

pital de su filial, se *presume iuris tantum* que ejerce una influencia decisiva sobre ella¹⁰, por lo que se considera que constituyen una sola empresa¹¹. La matriz podrá, pues, ser directamente sancionada por las actuaciones llevadas a cabo por la filial¹², sin que sea necesario demostrar su implicación en la infracción¹³. Si la sanción se impone a la filial, la matriz responderá solidariamente. La existencia de un grupo empresarial se reconoce también en los casos en que, formalmente, no existe una entidad matriz, sino *empresas separadas que comparten accionistas y dirección*, o incluso, una persona física que controle a las distintas sociedades¹⁴. Lo relevante es que una empresa tenga la capacidad de determinar la actuación de otra, lo que conduce a la existencia de una unidad de acción. Ahora bien, en estos casos no estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. La conducta se imputa a la matriz por haber ejercido una influencia determinante en sus filiales¹⁵. Por eso mismo, podrá exonerarse de responsabilidad, si demuestra que su filial actuó de manera autónoma¹⁶.

La doctrina sobre el grupo de empresas pasa a la *jurisprudencia española*, que acepta la imputación de la conducta a la entidad que ejerce una influencia dominante. Esto explica que la actuación de una sociedad mercantil de gestión de derechos audiovisuales de clubes de fútbol se impute a las dos sociedades (Telemadrid y Caja Madrid) que la controlan conjuntamente¹⁷.

¹⁰ Asunto 107/82, *AEG[-Telefunken] v. Comisión*, EU:C:1982:114, marg. 50; asuntos acumulados T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, *PVC II*, EU:T:1999:80, margs. 961 y 984.

¹¹ Asuntos acumulados T-71/03, T-74/03, T-87/03 y T-91/03, *Tokai Carbon y otros v. Comisión*, EU:T:2005:220, marg. 59.

¹² Asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries v. Comisión*, EU:C:1972:70, margs. 132 y 133; asunto 52/69, *Geigy v. Comisión*, EU:C:1972:73, marg. 44; asunto 6/72, *Europemballage y Continental Can v. Comisión*, EU:C:1973:22, marg. 15; asunto C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags v. Comisión*, EU:C:2000:630, marg. 26; asunto C-97/08 P, *Akzo v. Comisión*, EU:C:2009:536, marg. 59-60.

¹³ Asunto C-97/08 P, *Akzo v. Comisión*, EU:C:2009:536, marg. 59; asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International Inc*, EU:C:2012:479, marg. 44.

¹⁴ Asunto C-189/02 P, *Dansk Rørindustri y otros v. Comisión*, EU:C:2005:408, margs. 117-120; STS 1403/2016, de 1.4, ES:TS:2016:1403, FJ 3º.

¹⁵ Asunto T-112/05, *Akzo Nobel y otros v. Comisión*, EU:T:2007:381, marg. 77.

¹⁶ Asunto T-314/01, *Avebe v. Comisión*, EU:T:2006:266, marg. 136; asunto C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags v. Comisión*, EU:C:2000:630, marg. 29; asunto T-112/05, *Akzo Nobel y otros v. Comisión*, EU:T:2007:381, marg. 58.

¹⁷ STS 749/2016, de 22.2, ES:TS:2016:749, FJ 3º.

1.2. Empresas titulares de derechos especiales

Las empresas titulares de *derechos especiales* se sujetan a las normas de defensa de la competencia (art. 106.1 TFUE). Los derechos especiales son aquellos a través de los que los poderes públicos reconocen a un *número limitado de empresas* (dos o más) la facultad de realizar una actividad, en una zona geográfica determinada¹⁸. Esta delimitación se traslada también al derecho español, que —aplicando idénticos criterios— considera derechos especiales los otorgados por la Administración a un número limitado de empresas, para realizar una determinada actividad, en una zona geográfica concreta (art. 8.3 de la Ley 4/2007)¹⁹. En la mayor parte de los casos, los derechos especiales se justifican por la existencia de limitaciones naturales que restringen el número de operadores que pueden realizar la actividad (espectro radioeléctrico). Su otorgamiento puede llevarse a cabo a través de distintas técnicas jurídicas (normas, actos o contratos)²⁰, pero es muy frecuente que se instrumenten a través de autorizaciones administrativas²¹. La aplicación de las normas de defensa de la competencia se explica por el hecho de que estas empresas realizan una actividad económica, sujeta a la libertad de empresa.

1.3. Empresas titulares de derechos exclusivos

Los *derechos exclusivos* son aquellos que reservan a una sola empresa la facultad de prestar un servicio o de realizar una actividad en una concreta zona geográfica²². Las empresas titulares de derechos exclusivos *se sujetan a las normas de defensa de la competencia* (art. 106.1 TFUE). No obstante, en principio, cabe presuponer que su aplicación será *limitada*, por dos razones. i) En primer lugar, en la mayor parte de los casos, los derechos exclusivos se

¹⁸ Art. 2.1.g) de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25.6.1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

¹⁹ Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

²⁰ J. C. Laguna de Paz (2009), *Servicios de Interés Económico General*, Madrid: Civitas, págs. 263-265.

²¹ J. C. Laguna de Paz (2006), *La autorización administrativa*, Madrid: Civitas, págs. 38-46.

²² Art. 2.1.f) DTransp, art. 5.10 de la Directiva 2014/23/UE del PE y del Consejo, de 26.2.2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y art. 8.2 de la Ley 4/2007.

adjudican a un solo operador, lo que comporta la ausencia de mercado. Con todo, a veces, dentro del servicio público se genera una competencia limitada, ya que la prestación de la actividad puede encomendarse a distintos operadores²³. ii) En segundo lugar, las actividades sujetas a derechos exclusivos suelen ser objeto de una intensa regulación, a través de la que tratan de garantizarse los objetivos que en otro caso se confían al mercado. Ahora bien, no puede excluirse la posibilidad de que la regulación deje un margen de actuación autónoma, que puede llevar a las empresas a abusar de su posición de dominio, en perjuicio de los consumidores o de competidores situados en mercados aguas arriba. A este respecto, hay que tener en cuenta que —incluso dentro del servicio público—, hay que hacer una interpretación lo más favorable posible a la libertad empresarial del concesionario²⁴. La Administración solo puede ordenar, orientar y controlar la actividad de los operadores en lo que resulte imprescindible para garantizar la buena marcha del servicio. Lo contrario sería ir contra la esencia de la concesión²⁵. Es por eso que el concesionario puede utilizar su libertad empresarial para infringir las normas de defensa de la competencia. En este sentido, una empresa concesionaria del servicio de abastecimiento de aguas puede ser sancionada por abuso de posición dominante, por ofrecer a los usuarios precios superiores a los de mercado (obras para la extensión del servicio a viviendas no integradas en la red de distribución, no sujetos a tarifa)²⁶.

2. ENTIDADES PÚBLICAS

i) Las normas de defensa de la competencia de la UE se aplican a los *poderes públicos, organismos y empresas públicas*²⁷ (art. 106.1 TFUE). No se

²³ Asunto C-209/98, *Entrepreneurforeningens Affalds v. Københavns Kommune*, EU:C:2000:279: el Tribunal calificó como derechos exclusivos los otorgados a tres empresas para recibir residuos de construcción (*waste building*) en Copenhague. En realidad, se trata de derechos especiales: R. Whish y D. Bailey (2012), *Competition...*, 7ª ed., pág. 225; A. Jones y B. Sufrin (2016), *EC Competition Law*, 6ª ed., Oxford: Oxford University Press, pág. 596.

²⁴ G. Ariño Ortiz (1993), *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid: Marcial Pons, págs. 348 y ss.; M. López Benítez (1994), *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid: Civitas, págs. 227-228; J. C. Laguna de Paz (1994), *Régimen jurídico de la televisión privada*, Madrid: Marcial Pons, págs. 238-239.

²⁵ Ariño Ortiz (1993: 356).

²⁶ STS 2356/2014, de 10.6, ES:TS:2014:2356, FJ 4º.

²⁷ Asunto 41/83, *Italia v. Comisión*, EU:C:1985:120, marg. 16 a 20; asunto C-138/11, *Compass-Datenbank*, EU:C:2012:449, marg. 35.

requiere la personalidad jurídica diferenciada, por lo que la conducta también puede imputarse a organizaciones que actúen bajo la cobertura de una persona jurídica superior. ii) El *derecho español* mantiene también un concepto material de empresa. Así, la sujeción a las normas de defensa de la competencia de una entidad pública que se involucra en un cártel para fijar los precios de la uva y del mosto «viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia»²⁸. No obstante, como después veremos, los mecanismos de reacción son distintos: i) cuando se trata de una actuación material de la Administración (asistencia a reuniones, intercambio de información) o realizada en régimen jurídico-privado (contratos o convenios); ii) y cuando se trata de una actuación en régimen jurídico-público (reglamentos o actos administrativos). A continuación, vamos a detenernos en algunos supuestos.

2.1. Empresas públicas

Las *empresas públicas* se sujetan a las normas de defensa de la competencia cuando lleven a cabo una actividad económica (art. 106.1 TFUE)²⁹. El derecho de la UE mantiene un concepto material de *empresa pública*, que comprende cualquier organización sujeta a *influencia pública dominante*³⁰. No se toma en consideración la forma jurídica que revista la empresa, ni se exige la personificación jurídica diferenciada³¹. Lo relevante es que los poderes públicos —directa o indirectamente— sean capaces de decidir su actuación. El concepto de empresa pública se traslada al *derecho español*, que también las define como aquellas sobre las que los poderes públicos ejercen —directa o indirectamente— una influencia dominante, en razón de la propiedad, la participación financiera o las normas que la rigen (art. 2.1 de la Ley 4/2007). No obstante, el criterio de la propiedad de la mayoría del capital sigue siendo determinante de la integración de una entidad en el patrimonio empresarial de la Administración (art. 166.1 de la Ley 33/2003, de 3.11, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y art. 111.1 de la Ley 40/2015, de 1.10, de Régimen Jurídico del Sector Público).

²⁸ STS 3525/2016, de 18.7, ES:TS:2016:3525, FJ 2º.

²⁹ STS 4763/2007, ES:TS:2007:4763, FJ 3º.

³⁰ Art. 2.1.b) de la Directiva 80/723/CEE.

³¹ Asunto 118/85, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)*, EU:C:1987:283. J. L. Martínez López-Muñiz (1988), «Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública», *Noticias CEE*, 42, págs. 163 y ss.

2.2. Corporaciones públicas sectoriales

Las normas de defensa de la competencia se aplican a los *colegios profesionales* i) cuando se comportan como *empresas*. Esto es lo que sucede cuando llevan a cabo actuaciones económicas que no están directamente vinculadas al ejercicio de las funciones públicas que tengan encomendadas³². ii) Los colegios profesionales también pueden comportarse como *asociaciones de empresas*³³, en la medida en que agrupan a los profesionales del sector, que tienen la consideración de empresas³⁴. La organización profesional puede así ser ocasión para concertar actuaciones anticompetitivas. iii) En cambio, no es fácil que los profesionales agrupados en el colegio ejerzan una *posición de dominio colectiva*³⁵, ya que son muy numerosos y sus vínculos no son lo suficientemente fuertes como para dejar de competir entre sí en todas las facetas del ejercicio de su actividad³⁶.

En el derecho español, las normas de defensa de la competencia se han aplicado también a otras corporaciones públicas sectoriales. En este sentido, la autoridad administrativa de defensa de la competencia sanciona al *Consejo Regulador de la Denominación de Origen* de vinos de Jerez y manzanilla de Sanlúcar por haber participado en un cártel. En concreto, se impone la sanción: i) por haber actuado como colaborador necesario, organizando y asistiendo a reuniones y compartiendo información; ii) y por haber aprobado circulares (normativas), a través de las que —excediéndose de sus competencias— se limitaba la venta y producción³⁷. En rigor, el ejercicio de potestades públicas (circulares) no debería haber sido sancionado como conducta colusoria, sino que debería haberse acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa para anular una actuación realizada en régimen jurídico-público. Esta consecuencia solo puede tener que ser matizada en el caso de que las autoridades españolas estén aplicando las normas de defensa de la competencia de la UE. En este caso, para salvaguardar el efecto útil de la normativa europea, habría que tomar en cuenta el criterio restrictivo que maneja la jurisprudencia europea a la hora de reconocer el ejercicio de funciones públicas por los colegios profesionales, como después veremos.

³² Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 112-115 y ss.

³³ Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 65.

³⁴ Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 46-49.

³⁵ Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 114.

³⁶ Asunto C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, EU:C:1995:308, margs. 33 y 34.

³⁷ Resolución del Consejo de la CNC 2779/07, de 4.6.2009, *Consejo regulador de denominación de origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar* (Expte. 2779.07); Resolución del Consejo de la CNC de 28.7.2010, *Vinos finos de Jerez* (Expte. S/0091/08).

Las normas de defensa de la competencia se aplican también a las *federaciones deportivas*, a las que el ordenamiento jurídico español califica como entidades privadas. En este sentido, se considera que la Real Federación Española de Fútbol es una empresa, ya que tiene el poder de autorizar en España las retransmisiones de partidos de fútbol celebrados en el extranjero, entre equipos extranjeros pertenecientes a la UEFA³⁸. A ello se añade que —directa o indirectamente— es titular de derechos de retransmisión de partidos de fútbol celebrados en España.

III. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

Las normas de defensa de la competencia se aplican a las organizaciones, públicas o privadas, 1) que lleven a cabo una actuación económica, 2) no impuesta por la normativa. Es por eso por lo que no se aplican a los servicios sociales. El ejercicio de potestades públicas puede ser ilícito por infringir las normas de defensa de la competencia, pero —en sí mismo— no es una conducta anticompetitiva que pueda ser sancionada como tal.

1. ACTIVIDAD ECONÓMICA

1.1. Prestación de bienes y servicios en el mercado

El concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una *actividad económica*³⁹, que la jurisprudencia define en sentido amplio. Se entiende por tal la *oferta de bienes o servicios* en el mercado⁴⁰. i) El hecho de que la entidad *no tenga ánimo de lucro* (por ejemplo, una fundación bancaria) no impide que pueda ser considerada una empresa, siempre que lleve a cabo operaciones de mercado, que compitan con otros operadores con ánimo de lucro⁴¹. ii) Las actividades económicas se realizan normalmente a cambio de una *remuneración*⁴², pero no es necesario que el servicio sea pagado por sus bene-

³⁸ STS de 5.12.2003 (Ar. 8474), FJ 3º.

³⁹ Asuntos C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, EU:C:2000:428, marg. 74.

⁴⁰ Asunto 118/85, *Comisión v. Italia*, EU:C:1987:283, marg. 7; asunto C-35/96, *Comisión v. Italia*, EU:C:1998:303, marg. 36; asuntos C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, EU:C:2000:428, marg. 75.

⁴¹ Asunto C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze y otros*, EU:C:2006:8, margs. 122-123; asunto C-49/07, *MOTOE*, EU:C:2008:376, marg. 27; asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, marg. 57.

⁴² Asunto C-76/05, *Schwarz y Gootjes-Schwarz*, EU:C:2007:492, margs. 37 y 38.

ficiarios (por ejemplo, servicios educativos o sanitarios)⁴³. iii) No es tampoco relevante que, de manera simultánea, la empresa lleve a cabo actividades no económicas, a las que no se aplicarán las normas de defensa de la competencia. En este caso, lo único que se exige es que mantenga contabilidades separadas, con el fin de prevenir el riesgo de que fondos públicos de los que puedan beneficiarse las actividades no económicas puedan derivarse a las actividades económicas⁴⁴.

1.2. Actuaciones públicas empresariales

Las normas de defensa de la competencia i) se aplican a las *actuaciones públicas empresariales* (gestión y explotación comercial de aeropuertos), con independencia de que la entidad pueda también tener encomendadas funciones públicas (control del tráfico aéreo)⁴⁵. ii) Como un nuevo ejemplo, se sanciona por abuso de posición dominante a la *empresa funeraria municipal*, de manera conjunta y solidaria con el Ayuntamiento, propietario del capital íntegro de esta. A este respecto, se toma en cuenta que la corporación municipal actúa en su calidad de propietaria de la empresa, prevaleciendo además de su condición privilegiada para limitar la competencia⁴⁶.

La aplicación de las normas de defensa de la competencia a los *colegios profesionales* ha dado lugar a una elevada conflictividad. No obstante, la *jurisprudencia europea no acierta a establecer una clara línea divisoria entre el ejercicio de funciones públicas y su actuación empresarial*, lo que genera una cierta inseguridad. A este respecto, se entiende que el ejercicio de potestades normativas de ordenación de la profesión no siempre comporta funciones públicas⁴⁷. En cambio, se toman en cuenta los siguientes criterios: si los órganos directivos del colegio están exclusivamente integrados por los profesionales del sector o si, por el contrario, el Estado interviene en su designación o control y, en última instancia, conserva la facultad de decidir⁴⁸; si la legislación estatal les impone la consecución de objetivos de interés general y define los principios

⁴³ Asunto C-76/05, *Schwarz y Gootjes-Schwarz*, EU:C:2007:492, marg. 41; asunto C-318/05, *Comisión v. Alemania*, EU:C:2007:495, marg. 70.

⁴⁴ Asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania y otros*, EU:C:2017:496, marg. 51.

⁴⁵ Asunto C-82/01 P, *Aéroports de Paris v. Comisión*, EU:C:2002:617, marg. 78.

⁴⁶ STS 3139/2013, de 14.6, ES:TS:2013:3139, FJ 8º.

⁴⁷ Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 58, 60 y 62; asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, marg. 49.

⁴⁸ Asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, margs. 47 y 54.

a los que deba sujetarse la normativa que emanen⁴⁹; si ejercen prerrogativas típicas del poder público (que no se definen)⁵⁰. i) Así, en el asunto *Wouters*⁵¹, el TJUE se enfrentó con un reglamento del Colegio de Abogados holandés que regulaba el ejercicio profesional, en el que se incluía la *prohibición de que sus miembros se asociaran con otros profesionales* (prestar servicios legales en una firma de auditoría). El Tribunal entendió que el Colegio no estaba ejerciendo una función social basada en el principio de solidaridad, ni prerrogativas típicas del poder público, sino que actuaba como órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye una actividad económica. A partir de ahí llegó a la conclusión de que el reglamento era una *medida adoptada por una asociación de empresas* (art. 101.1 TFUE), que imponía a sus miembros un determinado comportamiento en el marco de su actividad económica⁵². La prohibición de que abogados y auditores pudieran actuar integrados *restringía la competencia*⁵³. No obstante, se acepta la posible existencia de una cierta incompatibilidad entre ambas actividades, lo que lleva a considerar que la prohibición podía ser *necesaria* para garantizar el buen ejercicio de la abogacía y, con ello, a entender que *no se infringía el art. 101.1 TFUE*⁵⁴. ii) En el asunto *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*⁵⁵, el Tribunal consideró contrario a la competencia el reglamento aprobado por el Colegio, en virtud del cual se reservaba parte de la formación obligatoria que debían cursar los técnicos contables e introducía condiciones discriminatorias en el resto, en perjuicio de las empresas competidoras⁵⁶. En este caso, se entendió que la restricción de la competencia no estaba justificada, ya que no era imprescindible para garantizar los objetivos pretendidos⁵⁷. iii) Como un nuevo ejemplo, la legislación italiana atribuía al Colegio Nacional de Geólogos la competencia para garantizar el cumplimiento de la normativa por parte de los profesionales, lo que también incluía la posible adopción de medidas disciplinarias. Sin embargo, el Tribunal consideró que la fijación de *normas deontológicas*, que también comportaba la de honorarios mínimos, *no expresaba el ejercicio de una potestad pública* («no ejerce ni una función social basada en el principio de solidaridad,

⁴⁹ Asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, margs. 49, 50, 54.

⁵⁰ Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 58 y 62.

⁵¹ Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98.

⁵² Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 64.

⁵³ Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 86 y ss.

⁵⁴ Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, margs. 97 y ss.

⁵⁵ Asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127.

⁵⁶ Asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, margs. 57 y 62.

⁵⁷ Asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, margs. 104-107.

ni prerrogativas típicas del poder público»⁵⁸. Así las cosas, para dilucidar si se trataba de una conducta prohibida, la cuestión a verificar era si dichas normas eran necesarias para asegurar la calidad de los servicios prestados por los profesionales⁵⁹. iv) En el mismo sentido, el TS español considera que el *acuerdo del Colegio Notarial* que establece un *sistema de compensación de honorarios* —*aunque se adopte en el ejercicio de la potestad de ordenación de la profesión*— tiene efectos restrictivos de la competencia, al dificultar que los colegiados puedan competir en precios (descuentos sobre aranceles)⁶⁰. Es verdad que cuando los colegios profesionales ejercen funciones públicas, como dice el Tribunal, no quedan eximidos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Ahora bien —si la actuación se instrumenta a través de un acto jurídico-público (reglamento o acto administrativo)—, como a continuación vamos a ver, no debe poder ser sancionada como conducta anticompetitiva (no es actividad económica), aunque sí anulada, mediante la interposición del correspondiente recurso judicial.

1.3. Exclusiones

a) Actividades que se organizan en base a criterios de solidaridad

Los servicios sociales son actividades esenciales que no están animadas por el principio de eficiencia económica, sino por el de *cohesión social y solidaridad*⁶¹. A veces, se parte del carácter no rentable de la actividad (asistencia social), mientras que, en otros, las consideraciones de interés general se imponen sobre su repercusión económica (sanidad, educación básica, Seguridad Social). Los servicios no económicos se organizan sobre la base de criterios de cohesión social y de solidaridad, lo que en general exige que todos los ciudadanos contribuyan a su sostenimiento financiero. Esto permite que el beneficiario no pague todo el coste del servicio (por ejemplo, en sanidad), que se reparte entre la colectividad que lo sustenta. Es por eso que los *servicios sociales no se consideran actividades económicas*, por lo que *no se sujetan a las normas del mercado interior* (art. 106.2 TFUE, a contrario). No se aplican, pues, las

⁵⁸ Asunto C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato*, EU:C:2013:489, marg. 44.

⁵⁹ Asunto C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato*, EU:C:2013:489, marg. 57.

⁶⁰ STS de 4.11.2008 (RC 5837/2005); STS 3641/2015, de 29.7, ES:TS:2015:3641, FJ 3º.

⁶¹ Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre*, EU:C:1993:63, margs. 18 y 19: gestión del servicio público de la seguridad social.

libertades de establecimiento y de prestación de servicios, ni las reglas sobre competencia y ayudas públicas⁶².

b) Ejercicio de potestades públicas

El ejercicio de potestades públicas, o las actividades económicas indisolublemente vinculadas a estas⁶³, no son actividad económica empresarial, por lo que, en sí mismas, *no pueden ser constitutivas de prácticas colusorias o de abuso de posición dominante, ni ser sancionadas como tales*.

No siempre es fácil identificar *cuándo estamos ante el ejercicio de potestades públicas*. La jurisprudencia ha tratado de sentar algunos criterios al respecto. i) Así, el hecho de que un producto o servicio se preste por un organismo público a cambio de una *remuneración* prevista en la ley no basta para calificarlo como actividad económica. Es por eso por lo que un *registro público* no es una actividad económica, aunque la consulta o entrega de copias esté sujeta al pago de una tasa⁶⁴. No puede, pues, considerarse abuso de posición de dominio la negativa a autorizar que dichos datos sean reutilizados y comercializados por terceros. ii) No es tampoco una actividad económica la coordinación que lleva a cabo la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (Eurocontrol) para establecer un sistema europeo uniforme de gestión del tráfico aéreo⁶⁵. Las actividades que desarrolla esta entidad —por su naturaleza, por su objeto y por las normas que la rigen— no tienen carácter económico, sino que se vinculan al ejercicio de *potestades públicas de ordenación y control del espacio aéreo*, típicas del poder público. No es tampoco una actividad económica disociable del ejercicio de sus potestades públicas la asistencia que Eurocontrol puede prestar a las Administraciones nacionales en la adquisición de equipos o de sistemas de gestión del tráfico aéreo, con la finalidad de que respondan a normas y especificaciones técnicas comunes⁶⁶. iii) Las tareas de *prevención de la contaminación* que lleva a cabo el concesionario de un puerto se vinculan al ejercicio de las potestades públicas de protección del medio ambiente⁶⁷. No es una actividad económica a la que se apliquen las normas de defensa de la competencia, aunque esté sujeta al pago de una tasa por parte de los usuarios

⁶² Libro Verde sobre los servicios de interés general (COM/2003/0270 final), marg. 43.

⁶³ Asunto C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati/Comisión*, EU:C:2009:191, margs. 72 y ss.; asunto C-138/11, *Compass-Datenbank*, EU:C:2012:449, marg. 35.

⁶⁴ Asunto C-138/11, *Compass-Datenbank*, EU:C:2012:449, marg. 51.

⁶⁵ Asunto C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, EU:C:1994:7, marg. 30.

⁶⁶ Asunto C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati/Comisión*, EU:C:2009:191, marg. 76.

⁶⁷ Asunto C-343/95, *Diego Cali & Figli*, EU:C:1997:160, margs. 22-24.

del puerto. iv) El TS español razona la dificultad para identificar el ejercicio de funciones públicas, sobre todo, si la «actuación no se exterioriza en actos formales, realizados a través del procedimiento establecido en las normas, sino que se plasma en actuaciones materiales, más o menos difusas [...]»⁶⁸. Así las cosas, entiende que las *actuaciones materiales* de la Administración, que no se traducen en actos jurídico-públicos (convocatoria de reuniones, actuaciones de impulso y seguimiento de cárteles), son susceptibles de constituir infracciones a las normas de defensa de la competencia⁶⁹ y de ser sancionadas como tales⁷⁰.

Esto no obstante, el ejercicio de potestades públicas⁷¹ administrativas (reglamentos o actos administrativos) *puede ser ilícito, por amparar actuaciones empresariales anticompetitivas*. Así resulta del art. 4.2 LDComp, que dispone que: «Las prohibiciones del presente capítulo [actuaciones colusorias y abuso de posición dominante] se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin [...] amparo legal». No será fácil la anulación de una norma con la mera invocación de la libre competencia, dado el margen de discrecionalidad que suele acompañar al ejercicio de la potestad reglamentaria. En este sentido, el TS razona que la legislación de defensa de la competencia no permite declarar la ilegalidad de una norma (reglamento que no impone a las empresas distribuidoras de gas el deber de facilitar a las empresas instaladoras las fechas de revisión de las instalaciones), solo por el hecho de que no se considere la regulación más favorable para promover la concurrencia en el mercado⁷². No obstante, la legislación de protección de la competencia es un ineludible parámetro de control de la legalidad de la actuación administrativa.

En todo caso, las actuaciones que revistan la forma de *disposición o acto administrativo deberán ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-adminis-*

⁶⁸ STS 3525/2016, de 18.7, ES:TS:2016:3525, FJ 4º.

⁶⁹ El TS casa la SAN de 16.7.2013 (recurso contencioso-administrativo 626/2011), que, a su vez, había anulado la sanción impuesta por la autoridad de defensa de la competencia a la Junta de Andalucía, por entender que esta no había actuado como operador económico, sino como autoridad administrativa. STS 3525/2016, de 18.7, ES:TS:2016:3525.

⁷⁰ STS 3525/2016, de 18.7, ES:TS:2016:3525, FJ 4º.

⁷¹ Asunto C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, EU:C:1994:7, marg. 30: control y policía del espacio aéreo; asunto C-343/95, *Diego Cali & Figli*, EU:C:1997:160, margs. 22 y 23: vigilancia anticontaminación del medio marino.

⁷² STS 1684/2017, de 5.5, ES:TS:2017:1684, FJ 4º.

trativa (art. 5.4 de la Ley 3/2013⁷³)⁷⁴. No hay que olvidar que los actos administrativos se benefician de la presunción legal de validez (art. 39.1 LPC), que solo puede ser destruida mediante su impugnación ante los órganos judiciales. La excepción al régimen jurídico general de control de la Administración pública requeriría que la ley, expresa y específicamente, habilite a la autoridad de defensa de la competencia para sancionar el carácter anticompetitivo de reglamentos o actos administrativos. Además, en ese caso, por sí misma, la sanción no anularía la norma o acto en cuestión⁷⁵. Así parece reconocerlo también el TS, que razona que «habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir [...] será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [...]»⁷⁶.

2. ACTUACIÓN AUTÓNOMA: NO IMPUESTA POR LA NORMATIVA

La aplicación de las normas de defensa de la competencia presupone que la conducta sea *autónomamente decidida por el operador económico*, o lo que es lo mismo, que le pueda ser imputada. En cambio, dichas normas *no se aplican cuando es la propia normativa la que impone a las empresas una actuación contraria a la competencia*, o crea un marco jurídico que —por sí mismo— excluye cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por su parte⁷⁷. En estos casos, la conducta no puede imputarse a las empresas, sino al propio Estado, cuya actuación podrá ser considerada contraria a derecho.

Ahora bien, la inaplicación de las normas de defensa de la competencia solo se acepta cuando la normativa imponga la actuación a la empresa o elimine «cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por su parte»⁷⁸

⁷³ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁷⁴ STS de 13.3.2014 (Ar. 1487), FJ 7º.

⁷⁵ J. M. Baño León (1996), *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid: McGraw Hill, pág. 93.

⁷⁶ STS 3525/2016, de 18.7, ES:TS:2016:3525, FJ 4º.

⁷⁷ Asuntos C-359/95 P y C-379/95 P, *Comisión y Francia v. Ladbroke Racing*, EU:C:1997:531, marg. 33 y la jurisprudencia citada; asunto T271/03, *Deutsche Telekom*, EU:T:2008:101, marg. 85, confirmado en casación en asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, EU:C:2010:603, margs. 84 y ss.

⁷⁸ Asuntos 209/78 a 215/78 y 218/78, *van Landewyck y otros v. Comisión*, EU:C:1980:248, margs. 130 a 134; asunto 41/83, *Italia v. Comisión*, EU:C:1985:120, marg. 19; asun-

y los «efectos restrictivos de la competencia tengan su origen solamente en la Ley nacional»⁷⁹. En cambio, dichas normas se aplican cuando la norma nacional *limita la autonomía de la empresa, pero no la excluye por completo*⁸⁰. i) Esta fue la apreciación del Tribunal de Justicia de la actual UE en el caso de los productores e importadores de tabaco belgas, cuya sujeción a la normativa fiscal y de precios les dejaba un margen de actuación autónomo, que utilizaron para concertar precios⁸¹. ii) Por la misma razón, el hecho de que la normativa imponga a una determinada organización profesional (agentes de aduanas italianos) la fijación de los precios por la prestación de sus servicios no excluye que pueda comportarse como una asociación de empresas, con un margen de actuación autónomo, y, por tanto, incurrir en una práctica colusoria⁸². iii) Como un nuevo ejemplo, en los sectores en red, el propietario de las infraestructuras puede tener regulados sus precios mayoristas y minoristas (*price cap*) y, al mismo tiempo, incurrir en abuso de posición dominante (compresión de márgenes), si la regulación le deja un margen de actuación anticompetitiva⁸³.

tos acumulados 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie y otros v. Comisión*, EU:C:1985:488, márgs. 27 a 29; asunto C-198/01, *CIF*, EU:C:2003:430, marg. 67; asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, EU:T:2008:101, marg. 86.

⁷⁹ Asunto T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comisión* [Rec. p. II1807], marg. 61; asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, EU:T:2008:101, marg. 87, confirmado en casación en asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, EU:C:2010:603, márgs. 84 y ss.

⁸⁰ Asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, EU:T:2008:101, márgs. 88-89; asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, *Suiker Unie y otros v. Comisión*, EU:C:1975:174, márgs. 36-73; asunto C-198/01, *CIF*, EU:C:2003:430, marg. 56; asunto T-387/94, *Asia Motor France y otros v. Comisión*, EU:T:1996:120, marg. 60; asuntos 209/78 a 215/78 y 218/78, *van Landewyck y otros v. Comisión*, EU:C:1980:248, márgs. 126 y 130-134; asuntos acumulados 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie y otros v. Comisión*, EU:C:1985:488, márgs. 12-37; asunto C-219/95 P, *Ferriere Nord v. Comisión*, EU:C:1997:375, márgs. 23-25; asuntos C-359/95 P y C-379/95 P, *Comisión y Francia v. Ladbroke Racing*, EU:C:1997:531, marg. 34

⁸¹ Asuntos 209/78 a 215/78 y 218/78, *van Landewyck y otros v. Comisión*, EU:C:1980:248, márgs. 130-134.

⁸² Asunto T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comisión*, márgs. 58-62 y 72-73.

⁸³ Asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, EU:T:2008:101, marg. 124.

IV. CONDUCTAS REGULADAS

Las normas de defensa de la competencia no llevan a cabo una comprensiva regulación de la actividad económica empresarial, sino que se concentran en algunas conductas: 1) actuaciones colusorias; 2) abuso de posición dominante; 3) concentraciones empresariales; y 4) las conductas de competencia desleal que afecten a la libre competencia.

1. ACTUACIONES COLUSORIAS

La intervención pública resulta indiscutida respecto de las prácticas colusorias, que —salvo excepciones— son intrínsecamente nocivas para el mercado. Es sintomático a este respecto que, en el siglo XIII, la V Partida ya prohibiera la concertación de precios, lo que después se trasladará al Ordenamiento de Alcalá de 1348. En nuestros días, los sistemas de defensa de la competencia tienen una regulación sustancialmente coincidente, sin perjuicio de algunas peculiaridades. Así, la *normativa de la UE* prohíbe las actuaciones concertadas, pero distinguiendo los acuerdos que tienen un objeto anticompetitivo de los que solo tienen efectos anticompetitivos. Además, en determinadas condiciones, permite excepcionar la prohibición respecto a aquellos acuerdos cuyos efectos positivos superen a los anticompetitivos (art. 101.3 TFUE). En cambio, la normativa de Estados Unidos parte de una rígida prohibición de los acuerdos anticompetitivos, que la jurisprudencia ha tenido que flexibilizar con la llamada «regla de la razón» («rule of reason»)⁸⁴, que permite valorar los efectos anticompetitivos de determinadas conductas⁸⁵.

En las últimas décadas, la aplicación del derecho de la competencia concede una *importancia cada vez mayor al análisis económico*⁸⁶. Esto hace que los acuerdos anticompetitivos por su objeto no se consideren ya una lista cerrada, sino que algunos han pasado a ser valorados desde la perspectiva de sus posibles efectos anticompetitivos⁸⁷. Lo mismo sucede en Estados Unidos, donde

⁸⁴ *Standard Oil Company v. United States*, 221 u.s. 1 (1911).

⁸⁵ H. First, E. M. Fox y D. E. Hemli (1993), «The United States. The Competition Law System and the Country's Norms», en E. M. Fox y M. J. Trebilcock, *The Design of Competition Law Institutions*, Oxford: Oxford University Press, pág. 330.

⁸⁶ M. Jaeger (2011), «The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review?», *JECLP* 2, 4, págs. 305-308.

⁸⁷ Whish y Bailey (2012: 124-125).

se tiende a limitar las prohibiciones *per se* y, con ello, a analizar los concretos efectos anticompetitivos de las conductas⁸⁸.

2. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y CONDUCTAS MONOPÓLICAS

Los sistemas de derecho de la competencia prohíben las actuaciones unilaterales realizadas por empresas con poder de mercado que distorsionen la libre competencia. No obstante, sobre el papel, existe una diferencia entre los dos principales modelos: estadounidense y europeo. i) En Estados Unidos, las normas antitrust surgen para prohibir los monopolios. No obstante, la interpretación judicial ha ido adaptando la respuesta a los cambios económicos, políticos y sociales («judicial interpretation and enforcement practice have been more significant for the development of US antitrust law than has legislative action»⁸⁹). Así, en los años sesenta, el Tribunal Supremo⁹⁰ interpretó que la sección 2ª de la Sherman Act no solo exige detentar una situación de monopolio en un mercado relevante, sino también la voluntad de adquirir o mantener dicho poder por medios distintos de la satisfacción del consumidor («the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident»⁹¹). A partir de los años ochenta, las consideraciones de eficiencia económica adquieren mayor importancia en la aplicación de la prohibición del monopolio. ii) En cambio, el *derecho de la UE* no prohíbe el monopolio, ni la posición de dominio en el mercado, sino su abuso, en detrimento de los competidores o de los consumidores. En los últimos años, se ha reclamado también una aplicación menos «formalista» y más atenta a los efectos económicos de las conductas⁹².

3. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Los países desarrollados establecen procedimientos de control de concentraciones empresariales, con el propósito de mantener una estructura competitiva del mercado. En cambio, muchos países en desarrollo se resisten a

⁸⁸ L. Wu (2007), *Economics of antitrust. Complex issues in a dynamic economy*, Nera, págs. ix y ss.

⁸⁹ First, Fox y Hemli (2013: 329).

⁹⁰ R. H. Bork y J. Sidak (2012), «What does the Chicago School teach about Internet search and the antitrust treatment of Google?», *Journal of Competition Law and Economics* 8, 4, pág. 664.

⁹¹ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

⁹² P. Rey (2005), *Report by the EAGCP «An economic approach to Article 82»*, págs. 1 y ss.

introducírlos. La discusión se ve también alimentada por la discrepancia que existe entre los economistas acerca de la conveniencia de la intervención pública en este campo. A este respecto, es clásico el enfrentamiento entre quienes sostienen que la intervención pública debe extenderse al *control de estructuras* (Escuela de Harvard) frente a los que razonan que debe limitarse al *control de comportamientos* (Escuela de Chicago)⁹³. La realidad es que el mercado no siempre es capaz de corregir, por sí mismo, sus ineficiencias. Hay sectores con fuertes barreras de entrada, que reducen la competencia potencial y la contabilidad de los mercados. Además —en caso de producirse—, la reacción del mercado no tendría lugar inmediatamente, sino en el medio o largo plazo⁹⁴. Esto es lo que justifica el establecimiento del control de concentración de empresas.

4. COMPETENCIA DESLEAL

La legislación española de competencia desleal prohíbe «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» (art. 5 de la Ley 3/1991)⁹⁵. Entre ellos: actos de confusión, engaño, denigración; actos de comparación, imitación, explotación de la reputación ajena; violación de secretos, inducción a la infracción contractual; prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes; venta a pérdida.

La protección no se encomienda a autoridades administrativas, sino a los jueces, a través de acciones civiles. No obstante, *las autoridades de defensa de la competencia conocerán de los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público* (art. 3 LDComp). En estos casos, hay un interés público en la reacción frente a estas conductas. Así, una empresa distribuidora de energía eléctrica incurre en un acto de competencia desleal que da lugar a una desventaja competitiva si —en el momento inicial de introducción de comercializadores en el sistema— envía una carta a sus clientes, comunicándoles que les traspasa automáticamente a una comercializadora del grupo, sin contar con su consentimiento expreso⁹⁶. Es una conducta desleal el envío por parte de una comercializadora de gas de una carta a sus clientes que excede del objetivo de advertirles sobre prácticas irregulares

⁹³ R. J. Van den Bergh y P. D. Camesasca (2001), *European Competition Law and Economics*, Intersentia, págs. 40 y ss.

⁹⁴ M. Furse (2004), *Competition Law of the EC and UK*, 4ª ed., Oxford: Oxford University Press, pág. 230.

⁹⁵ Ley 3/1991, de 10.1, de Competencia Desleal.

⁹⁶ STS 349/2017, de 3.2, ES:TS:2017:349, FFJJ 7º y 8º.

realizadas por otros comercializadores, proporcionando una información inexacta e incluyendo afirmaciones que descalificaban a sus competidores⁹⁷. Esta conducta afecta al interés público al incidir en el proceso de liberalización de un servicio esencial. Como un nuevo ejemplo, es un acto de competencia desleal la concurrencia a una subasta de aceite de siete licitadores, jurídicamente independientes, pero integrados en un mismo grupo empresarial, que —tras conseguir su «cuota» máxima individual—, acto seguido, las agrupan para cederla a uno solo de ellos⁹⁸. De esta forma, de manera fraudulenta, se supera el límite de acaparamiento de aceite por parte de una misma empresa.

V. INCIDENCIA EN EL MERCADO

La finalidad del derecho de la competencia es la protección del proceso competitivo en el mercado. 1) Es por eso que las conductas realizadas por empresas que no tengan posición dominante o que no incidan de manera sensible en el mercado no son relevantes. 2) En la mayor parte de los casos, la aplicación del derecho de la competencia requiere, pues, la previa delimitación del mercado relevante. 3) A partir de ahí es preciso identificar las empresas que tienen poder de mercado.

1. EJERCICIO ANTICOMPETITIVO DEL PODER DE MERCADO

La finalidad del derecho de la competencia es la preservación de las condiciones competitivas del mercado. De ahí que, en principio, solo se ocupe de aquellas actuaciones que tengan entidad suficiente para afectar al proceso concurrencial. En otros términos, su objeto es el ejercicio anticompetitivo del *poder de mercado* («competition law concerns itself with firms that have “market power”»)⁹⁹. En ausencia de poder de mercado, la conducta —unilateral o colectiva— de las empresas no produciría daño a la competencia.

i) Así, la prohibición de suscribir *acuerdos y prácticas colusorias* no se aplica a las restricciones *de minimis* (art. 101 TFUE¹⁰⁰ y art. 5 LDComp). Se consideran tales los acuerdos en los que la suma de las cuotas de mercado de las partes no alcance un determinado umbral (10% en los acuerdos horizontales, 15% en los verticales), salvo que sean especialmente lesivos para la compe-

⁹⁷ STS 1196/2016, de 15.3: ES:TS:2016:1196, FJ 4º.

⁹⁸ STS de 8.3.2002 (Ar. 2615).

⁹⁹ Whish y Bailey (2012: 25).

¹⁰⁰ Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 81.1 TCE (*de minimis*).

tencia (*hard-core restrictions*)¹⁰¹. En este sentido, por ejemplo, los acuerdos de suministro en exclusiva de carburantes, suscritos entre una empresa petrolera y determinadas estaciones de servicio, se califican como de menor importancia, atendiendo al reducido número de puntos de venta afectados, así como a su dispersión geográfica¹⁰². ii) El presupuesto para la aplicación de la prohibición de *abuso de posición dominante* (art. 102 TFUE), justamente, es el poder de mercado. Esas mismas conductas no están prohibidas si son realizadas por una empresa que no disponga de posición dominante en el mercado. iii) Las *concentraciones* empresariales se prohíben cuando creen o refuerzan una posición de dominio, a resultas de la cual se produciría una restricción de la competencia en el mercado¹⁰³. iv) Las *ayudas de minimis* tampoco se sujetan al control de la UE.

2. DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

2.1. Su relevancia

No se puede identificar el poder de mercado de las empresas sin definir previamente el mercado relevante, es decir, el ámbito —objetivo, geográfico y temporal— *en el que actúan*. Su delimitación es necesaria respecto de la *mayor parte de las conductas anticompetitivas, aunque su trascendencia varía de unas a otras*¹⁰⁴. i) Es esencial en el caso del *abuso de posición dominante*, ya que la conducta solo resulta prohibida si la empresa tiene una posición de dominio en el mercado¹⁰⁵. Como puede comprenderse, cuanto mayor sea la delimitación del mercado, más difícil será que un operador detente una posición dominante. ii) Es también relevante en el caso de *concentraciones* empresariales, ya que de él depende la valoración de si la operación puede reducir sustancialmente la competencia en el mercado. Así, una definición restrictiva del mercado tiende a limitar las actividades en las que las empresas coinciden, aunque —en algunos casos— también puede incrementar su poder de mercado. iii) En el caso de las *prácticas colusorias*, es también necesaria la delimitación del mercado

¹⁰¹ Arts. 1 y 2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

¹⁰² STS 2694/2013, de 27.5, ES:TS:2013:2694, FJ 2º.

¹⁰³ Art. 2 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

¹⁰⁴ Whish y Bailey (2012: 28-29).

¹⁰⁵ Asuntos T-68/89, T-77/89 y T-78/89, *SIV y otros v. Comisión*, EU:T:1992:38, marg. 159; asunto T-61/99, *Adriatica di Navigazione v. Comisión*, EU:T:2003:335, marg. 27; asunto T-111/08, *MasterCard v. Comisión*, marg. 171.

relevante, pero solo para determinar si la actuación tiene efectos anticompetitivos y puede afectar al comercio entre Estados miembros¹⁰⁶. Así, no es necesario definir con precisión el mercado relevante cuando el acuerdo tenga un objeto anticompetitivo (reparto de mercados)¹⁰⁷ y pueda afectar de forma sensible al comercio entre los Estados miembros¹⁰⁸. En estos casos, la jurisprudencia europea destaca que la impugnación de la definición del mercado puede ser inoperante¹⁰⁹. En el mismo sentido, la jurisprudencia española sostiene que la delimitación exacta del mercado relevante no es imprescindible, cuando se trata de acuerdos que tengan un objeto anticompetitivo, ni siquiera para excluir que se trata de conductas con escasa incidencia en el mercado¹¹⁰. No obstante, para la determinación de la sanción es necesario tomar en consideración la cuota de mercado y el grado de participación de cada empresa¹¹¹.

iv) En las ayudas estatales, el centro de atención se sitúa en el receptor de la ayuda y el sector afectado¹¹². Con todo, la delimitación del mercado relevante puede ser necesaria para valorar el carácter selectivo de la medida.

2.2. Dimensiones

La delimitación del mercado relevante requiere, en primer lugar, definir el *mercado del producto*, que abarca todos aquellos productos o servicios que —en caso de un incremento relativo de precios (SSNIP)— resultan *suficientemente intercambiables o sustituibles entre sí*¹¹³. A estos efectos, el criterio principal es el de la sustituibilidad de la demanda y, de manera más limitada, de la oferta¹¹⁴. La dimensión *temporal* debe también ser considerada en la definición del mercado, ya que las condiciones competitivas pueden variar: en las distintas estaciones del año; en las distintas franjas horarias (*peak and off peak services*) (telecomunicaciones, transportes, electricidad); en la suce-

¹⁰⁶ Asunto T-29/92, *SPO y otros v. Comisión*, EU:T:1995:34, marg. 74; asunto T-61/99, *Adriatica di Navigazione v. Comisión*, EU:T:2003:335, marg. 27; asunto T-30/05, *Prym y Prym Consumer v. Comisión*, EU:T:2007:267, marg. 86.

¹⁰⁷ Asunto T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke v. Comisión*, EU:T:2004:218, marg. 132.

¹⁰⁸ Asunto T-208/13, *Portugal Telecom v. Comisión*, EU:T:2016:368, marg. 176.

¹⁰⁹ Asunto T-61/99, *Adriatica di Navigazione v. Comisión*, marg. 27; asunto T-111/08, *MasterCard v. Comisión*, marg. 171.

¹¹⁰ STS 5292/2015, de 9.12, ES:TS:2015:5292, FJ 6º.

¹¹¹ STS 5292/2015, de 9.12, ES:TS:2015:5292, FJ 8º.

¹¹² Comunicación relativa a la definición del mercado relevante a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, nota 1 (DO C 372, de 9.12.1997).

¹¹³ Comunicación mercado relevante (1997), marg. 7.

¹¹⁴ Comunicación mercado relevante (1997), marg. 13.

sión de distintas generaciones de productos. Con todo, hasta cierto punto, la dimensión temporal es una derivación de la propia delimitación del mercado del producto (por ejemplo, oferta de servicios de tren a ciertas horas del día).

En segundo lugar, los productos o servicios se prestan en un *mercado geográfico* determinado, que es preciso delimitar. El mercado geográfico¹¹⁵ comprende la zona en la que las empresas suministran los productos y prestan los servicios de referencia bajo *condiciones de competencia suficientemente homogéneas*¹¹⁶. El mercado relevante puede tener un alcance supranacional, nacional, regional o local (por ejemplo, servicios de velatorio)¹¹⁷. A estos efectos, se toma en cuenta la sustituibilidad de la demanda como criterio principal¹¹⁸, que se complementa con otros criterios: cuotas de mercado, diferencias de precio en las distintas zonas geográficas, preferencias de los consumidores¹¹⁹, barreras de entrada¹²⁰, etc.

La delimitación del mercado relevante no es una tarea sencilla. Su definición exige tomar en cuenta los factores esenciales que inciden en el sector y determinan el comportamiento de sus agentes. La delimitación puede variar en función del tipo de conducta: las prácticas colusorias se basan en datos ciertos, mientras que las concentraciones empresariales requieren un análisis prospectivo¹²¹. Las dificultades son mayores en sectores afectados por la rapidez del cambio tecnológico. La definición del mercado relevante depende, pues, en gran medida de la prudencia analítica de la autoridad de defensa de la competencia, en relación con la cual los jueces tienden a ser deferentes¹²².

3. IDENTIFICACIÓN DEL PODER DE MERCADO

La definición del mercado relevante tiene carácter instrumental. Es un medio para clarificar si las empresas disponen de *poder de mercado* y, a partir de ahí, valorar el eventual carácter anticompetitivo de su actuación. A estos

¹¹⁵ Asunto 27/76, *United Brands v. Comisión*, EU:C:1978:22, marg. 44; asunto 322/81, *Michelin v. Comisión*, EU:C:1983:313, marg. 26; asunto T-504/93, *Tiercé Ladbroke v. Comisión*, EU:T:1997:84, marg. 102; asunto T-139/98, *AAMS v. Comisión*, EU:T:2001:272, marg. 39. Véase Directrices, núm. 56, notas 40 y 41.

¹¹⁶ Comunicación mercado relevante (1997), marg. 8.

¹¹⁷ STS 5306/2016, ES:TS:2016:5306.

¹¹⁸ Comunicación mercado relevante (1997), margs. 17 y 21.

¹¹⁹ Comunicación mercado relevante (1997), margs. 28 y ss.

¹²⁰ Comunicación mercado relevante (1997), margs. 30-31.

¹²¹ Comunicación mercado relevante (1997), marg. 12.

¹²² Whish y Bailey (2012: 30).

efectos, la *cuota de mercado* de las empresas es el principal indicador¹²³. Con todo, la consideración exclusiva de la cuota de mercado tiende a sobrevalorar el poder de mercado de la empresa. Es por eso que puede ser necesario tomar en cuenta *otros factores*: la existencia de productos sustitutivos; el grado de concentración del mercado; la existencia de barreras de entrada y salida (los mercados oligopólicos pueden ser competitivos si las barreras son escasas); el poder de compra.

VI. LÍMITES A SU APLICACIÓN

El carácter horizontal de las normas de defensa de la competencia explica su vocación expansiva. i) No obstante, no se aplican a aquellas restricciones amparadas por el derecho de la UE. 2) En el derecho español no se aplican tampoco a las restricciones que resulten de la ley. 3) Además, las normas de defensa de la competencia se ven desplazadas cuando la regulación sectorial, con los mismos objetivos, regule la materia, salvo que deje un margen de actuación empresarial que pueda ser aprovechado para distorsionar la competencia.

1. RESTRICCIONES AMPARADAS POR EL DERECHO DE LA UE

La defensa de la competencia es una de las políticas prioritarias de la UE, por su directa vinculación con las libertades económicas y el mercado interior (art. 3.3 TUE, art. 26.1 TFUE). No obstante, la UE tiene que compatibilizar sus objetivos económicos con la consecución de otros fines de interés general. Esto explica que, en algunos casos, la *protección de la competencia deba ceder para la consecución de otros objetivos*. i) En este sentido, los *convenios colectivos no se incluyen en el ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE*¹²⁴, lo que dificultaría el cumplimiento de sus objetivos. Este es el caso de un convenio colectivo que instaure un régimen obligatorio de pensiones complementarias¹²⁵. En cambio, se incluyen en el ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE los convenios cuya razón de ser no sea la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores. Este sería el caso de convenios celebrados con prestadores

¹²³ Whish y Bailey (2012: 46-47).

¹²⁴ Asunto C-67/96, *Albany*, EU:C:1999:430, margs. 58-60; asunto *Brentjens*, EU:C:1999:434, marg. 57; asunto *Drijvende Bokken*, EU:C:1999:437, marg. 47; asuntos C-180/98 a C-184/98, *Pavlov y otros*, EU:C:2000:428, marg. 67; asunto *van der Woude*, EU:C:2000:475, marg. 22; asunto C-437/09, *AG2R Prévoyance*, EU:C:2011:112, marg. 29.

¹²⁵ Asunto C-67/96, de 21.9, *Albany*, EU:C:1999:430, margs. 63-64.

autónomos de servicios, que no son trabajadores, salvo que se tratase de «falsos autónomos»¹²⁶. ii) En otros casos, *se exceptiona la prohibición de determinadas prácticas colusorias*, en atención a los efectos beneficiosos que comportan (art. 101.3 TFUE). iii) Por la misma razón, las *empresas encargadas de la gestión de servicios económicos de interés general* se someten a las normas de los tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que su aplicación no impida el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada (art. 106.2 TFUE)¹²⁷.

2. RESTRICCIONES QUE RESULTEN DE LA APLICACIÓN DE UNA LEY

En el *derecho español*, las prohibiciones que establecen las normas de defensa de la competencia *no afectan a las conductas que resulten de la aplicación de una ley* (art. 4.1 LDComp). En cambio, el *reglamento* —por sí mismo— no puede establecer excepciones a la aplicación de las normas de defensa de la competencia, aunque sí podrá desarrollar y precisar los mandatos legales¹²⁸. Así resulta no solo del tenor literal del art. 4 LDComp, sino también de la reserva a la ley de las medidas que incidan en la libertad de empresa (art. 53.1 CE). La inaplicación de las normas de defensa de la competencia en estos casos se explica por la necesidad de compatibilizar su protección con otros objetivos de interés general¹²⁹. No obstante, a este respecto, es preciso realizar dos precisiones.

2.1. La ley puede ser contraria al derecho de la UE o a la Constitución española

La *ley puede ser contraria al derecho de la UE*. A este respecto, hay que tener en cuenta que los Estados miembros no pueden adoptar o mantener medidas que puedan hacer privar de su eficacia a las normas de la competencia¹³⁰. Al contrario, deben adoptar las medidas necesarias para asegurar el

¹²⁶ Asunto C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, EU:C:2014:2411, marg. 30.

¹²⁷ Asunto T-360/09, *E.ON Ruhrgas y E.ON v. Comisión*, EU:T:2012:332, marg. 84.

¹²⁸ M. Rebollo Puig (2003), «Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia», en L. Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof. Dr. S. Martín-Retortillo Baquer*, Madrid: Civitas, págs. 719 y ss.

¹²⁹ Baño León (1996: 86); F. Marcos (2008), «Comentario al artículo 4», en J. Massaguer, J. M. Sala Arquer, J. Folguera y A. Gutiérrez, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Madrid: Thomson-Civitas, págs. 225-226.

¹³⁰ Asunto C-67/96, *Albany*, EU:C:1999:430, marg. 65; asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97, *Brentjens*, EU:C:1999:434, marg. 65; asunto C-219/97, *Drijvende*

cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de la UE (art. 4.3, párr. 2º, TUE), absteniéndose de las que puedan poner en peligro la consecución de sus objetivos (art. 4.3, párr. 3º, TUE). En este sentido, la *legislación estatal infringe las normas de defensa de la competencia cuando, en sí misma, crea el riesgo de que una empresa abuse de su posición de dominio*¹³¹. Esto es lo que, por ejemplo, sucede cuando —sin adoptar medidas que eviten el conflicto de intereses— se encomiendan a una entidad privada que realiza actividades económicas (organización de competiciones de motos) funciones públicas respecto del mismo sector (emisión de informes en procedimientos de autorización de la organización de competiciones de motos)¹³². En estas condiciones, podía temerse que la empresa favoreciera a sus propias competiciones.

Ahora bien, la ley contraria a las normas de defensa de la competencia no podrá ser sancionada como conducta colusoria o abuso de posición dominante. A este respecto, deberán utilizarse los *mecanismos de reacción previstos frente al incumplimiento de los Estados* (arts. 258-259 TFUE). Esto explica que las normas de defensa de la competencia no se apliquen (directamente) cuando un *colegio profesional actúe como una autoridad pública*, como hemos visto¹³³. No obstante, dicha actuación podría ser considerada contraria al Tratado, por contravenir el art. 56 TFUE¹³⁴, que solo permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios en la medida necesaria para alcanzar un legítimo interés público.

La *ley también puede ser contraria a la Constitución española*, justamente, por distorsionar la libre competencia sin justificación suficiente, o de manera desproporcionada, y, con ello, lesionar las libertades económicas. A este respecto, deberán utilizarse los remedios que ofrece el ordenamiento jurídico (recurso y cuestión de inconstitucionalidad). No obstante, la jurisprudencia constitucional reconoce el amplio margen de configuración del legislador¹³⁵, a través del que puede adoptar legítimas opciones políticas¹³⁶. Es por eso que

Bokken, EU:C:1999:437, marg. 55; asuntos C-94/04 y C-202/04, *Cipolla y otros*, EU:C:2006:758, marg. 46; asunto C-393/08, *Sbarigia*, EU:C:2010:388, marg. 31.

¹³¹ Asunto C-49/07 *MOTOE*, EU:C:2008:376, margs. 49-52.

¹³² Asunto C-49/07, *MOTOE*, EU:C:2008:376, margs. 25-28.

¹³³ Asunto C-309/99, *Wouters*, EU:C:2002:98, marg. 68; asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, EU:C:2013:127, marg. 54.

¹³⁴ Whish y Bailey (2012: 131).

¹³⁵ STC 227/1988, de 29.11, ES:TC:1988:227, FJ 7º.

¹³⁶ STC 136/2011, de 13.9, FJ 12ºb), que, a su vez, cita las siguientes sentencias: STC 47/2005, de 3.3, FJ 7º; STC 13/2007, de 18.1, FJ 4º; STC 49/2008, de 9.4, FJ 5º; y STC 90/2009, de 20.4, FJ 6º.

solo puede anular la ley cuando resulte evidente su contradicción con la Constitución¹³⁷.

2.2. Actuaciones específicamente excepcionadas por la ley

La exención no afecta a cualquier actuación realizada al amparo de una ley¹³⁸, lo que, cuanto menos, dejaría fuera a toda la actividad de la Administración realizada en el marco de sus atribuciones. La exclusión se refiere solo a las actuaciones *respecto de las que, de manera específica, explícita o implícitamente, la ley excepcione*¹³⁹ la aplicación de las normas de defensa de la competencia¹⁴⁰, por resultar imprescindible para alcanzar objetivos de interés general¹⁴¹. i) Es por eso por lo que las normas de defensa de la competencia se aplican al *convenio* suscrito entre la Administración autonómica y los colegios profesionales de farmacéuticos, por el que se acuerdan turnos rotatorios para que las farmacias suministren medicinas a los centros sanitarios¹⁴². ii) Lo mismo sucede con el convenio de colaboración suscrito entre la autoridad portuaria y una sociedad estatal para la realización de tareas de limpieza de aguas, por un precio inferior a su coste¹⁴³. iii) Se consideran prohibidos los *convenios colectivos* que no tengan como finalidad la mejora de las condiciones laborales, sino la restricción de la competencia. Esto es lo que sucede cuando los convenios colectivos no pretenden mejorar las condiciones de empleo, sino perjudicar los intereses de terceros (restringir la posibilidad de que las empresas no estibadoras presten servicios portuarios complementarios)¹⁴⁴. iv) Las normas de defensa de la competencia se aplican también a la *prestación de servicios profesionales por las Universidades*¹⁴⁵. v) El hecho de que la *posición de dominio haya sido establecida por disposición legal* (art. 2.3 LDComp), por sí mismo, no ampara la actuación anticompetitiva de las empresas. Esto es lo que, por ejemplo, sucede con los colegios profesionales, a los que el legislador garantiza el monopolio de la representación de la profesión (art. 4.3 de la Ley

¹³⁷ STC 99/1987, de 11.6, FJ 4ºa); STC 227/1988, de 29.11, FJ 5º; STC 239/1992, de 17.12, FJ 5º ; STC 233/1999, de 16.12, FJ 12º; STC 73/2000, de 14.3, FJ 4º.

¹³⁸ STS de 27.10.2005 (Ar. 7613).

¹³⁹ L. Cases Pallarés (1995), *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Madrid: Marcial Pons, págs. 393-398.

¹⁴⁰ STS 800/2015, de 9.3, ES:TS:2015:800, FJ 2º.

¹⁴¹ STS 1858/2015, de 4.5, ES:TS:2015:1858, FJ 2º.

¹⁴² STS 800/2015, de 9.3, ES:TS:2015:800, FJ 2º.

¹⁴³ STS de 4.7.2006 (Ar. 4486), FJ 2º.

¹⁴⁴ STS 1069/2016, de 8.3, ES:TS:2016:1069, FJ 2º.

¹⁴⁵ STS 6543/2005, de 27.10, ES:TS:2005, FJ 5º.

2/1974), lo que no justifica que puedan llevar a cabo actuaciones contrarias a la competencia. vi) La eventual imposición de *obligaciones de servicio público*, en garantía de prestaciones esenciales, no excluye tampoco la aplicabilidad de las normas de defensa de la competencia, si dejan margen de actuación anti-competitivo a las empresas implicadas.

3. ACTUACIONES OBJETO DE REGULACIÓN SECTORIAL

En sectores sujetos a una intensa intervención pública, con frecuencia, una misma conducta puede ser abordada desde dos tipos de normas: regulación sectorial y legislación de defensa de la competencia¹⁴⁶. Es, pues, preciso racionalizar las relaciones entre ambos tipos de normas¹⁴⁷.

3.1. Conductas no reguladas por el derecho de la competencia

En general, la regulación sectorial y las normas de defensa de la competencia son *complementarias*. La *regulación sectorial* es necesaria para salvaguardar bienes jurídicos cuya protección desde el derecho de la competencia sería más difícil (pluralismo informativo) o inalcanzable (solvencia de las entidades financieras). Sus normas no permiten llevar a cabo controles administrativos previos (salvo en concentraciones y ayudas) que verifiquen que la iniciativa reúne las condiciones que reclama el interés general. Los derechos de uso sobre recursos escasos (bajo la titularidad o el control público) han de adjudicarse conforme a procedimientos que garanticen condiciones de transparencia, concurrencia e igualdad. Los servicios de interés general suelen estar sujetos a una intensa supervisión, que requiere el traslado de información y control permanente sobre las empresas. La regulación sectorial es también un medio para asegurar la efectividad de prestaciones esenciales ante los fallos del mercado, lo que puede traducirse en la imposición de obligaciones de servicio público. Estos objetivos no pueden ser cubiertos por las normas generales de defensa de la competencia. La consecuencia es que, en estos casos, *ambos tipos de normas pueden aplicarse simultáneamente*.

¹⁴⁶ OECD, *Abuse of dominante in regulated sectors*, DAF/COMP/GF (2005)3, págs. 3-4. N. Faull (2007), *The EC Law of Competition*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, págs. 1484 y ss.

¹⁴⁷ J. C. Laguna de Paz (2010), «Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación», *Reda*, págs. 85 y ss.

3.2. Regulación sectorial que proteja los mismos bienes jurídicos

En algunos casos, la regulación sectorial *persigue los mismos bienes jurídicos* que las normas de defensa de la competencia: acceso de terceros a una infraestructura esencial; prohibición de formalización de contratos de gas o electricidad sin consentimiento del interesado; prácticas discriminatorias prohibidas por la legislación de telecomunicaciones; derecho de acceso a los estadios para dar información sobre acontecimientos de interés general; penalización a una empresa por cambiarse de suministrador de gas, etc. En estos casos, su función no es complementaria, sino *sustitutiva*. De ahí que *no puedan aplicarse simultáneamente*, lo que generaría incertidumbre y podría dar lugar a resoluciones contradictorias. Además —en materia sancionadora—, la doble intervención estaría excluida por el principio *non bis in idem*. La consecuencia es que la regulación sectorial —por su especificidad— *desplaza la aplicación de las normas generales de defensa de la competencia*.

3.3. Regulación sectorial que deje un margen de actuación autónomo

El supuesto más problemático es aquel en el que la *regulación sectorial limita, pero no agota el ámbito de decisión de la empresa*. En estos casos, cabe la *aplicación de las normas de defensa de la competencia*, con la finalidad de evitar que dicho margen sea utilizado para la realización de actuaciones anticoncurrenenciales. Con ello, nos movemos en una zona de límites borrosos, que hace difícil identificar cuándo la empresa realiza un comportamiento anticompetitivo. Mucho más, si se trata de ejercer la potestad sancionadora, que reclama el máximo grado de certeza jurídica¹⁴⁸.

En los últimos años, la cuestión se ha planteado en el ámbito *europeo*. Así, en el asunto *Deutsche Telekom* (2003)¹⁴⁹, la Comisión Europea sancionó el ejercicio abusivo de la posición de dominio en el mercado de una empresa sujeta a regulación de precios¹⁵⁰. La Comisión entendió que la empresa había aprovechado el margen que le dejaba la regulación sectorial para poner en práctica un pinzamiento de precios (*margin squeeze*), que no dejaba margen a

¹⁴⁸ La posibilidad de aplicación conjunta de ambos tipos de normas ha sido criticada: L. Velasco San Pedro (2009), «Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones», en T. de la Quadra-Salcedo, *Derecho de la Regulación Económica. Telecomunicaciones*, vol. IV, Madrid: Iustel, págs. 735-736.

¹⁴⁹ Asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, EU:T:2008:101.

¹⁵⁰ J. C. Laguna de Paz (2008), «Abuso de posición dominante por “compresión de márgenes” aplicando precios sujetos a regulación ex ante: STPI Deutsche Telekom», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 3, págs. 167 y ss.

sus rivales para competir en los mercados situados aguas abajo. Poco después, en el asunto *Telefónica* (2007), la Comisión Europea también sancionó a la empresa por abuso de posición dominante, cuando sus precios estaban sujetos a regulación sectorial¹⁵¹. En concreto, se impuso una sanción por pinzamiento de precios (*margin squeeze*) en el mercado español de banda ancha. La Comisión llegó a la conclusión de que la diferencia entre los precios minoristas y los mayoristas dejaba un margen insuficiente para que un operador tan eficiente como Telefónica cubriera los costes¹⁵².

En ambos casos, los jueces europeos razonaron que las normas de defensa de la competencia son de general aplicación, por lo que no se ven desplazadas por la mera existencia de una regulación sectorial¹⁵³. El hecho de que la empresa respete la regulación sectorial no significa que no infrinja las normas de defensa de la competencia¹⁵⁴. A este respecto, hay que tener en cuenta que las autoridades sectoriales operan *ex ante*, en base a previsiones de mercado y de costes, mientras que las autoridades de defensa de la competencia actúan *ex post*, sobre la base de datos ciertos. La intervención de las autoridades sectoriales no impide, pues, que los órganos de defensa de la competencia puedan intervenir en una fase ulterior¹⁵⁵.

Casi al mismo tiempo, la aplicación conjunta de ambos tipos de normas se plantea también en Estados Unidos. A este respecto, la jurisprudencia ha sentado el criterio de que —en los sectores sujetos a regulación sectorial— no se excluye la aplicación de las normas *antitrust*, aunque se advierte que estas tendrán una virtualidad escasa (*Trinko*). Además, deberán ser aplicadas con prudencia, con el objeto de no dañar la seguridad jurídica (*linkLine*).

VII. CONCLUSIONES

Primera. Las normas de defensa de la competencia se aplican a *cualquier organización que realice una actividad económica en el mercado*, con independencia de su naturaleza, pública o privada, de su forma jurídica y de su modo de financiación.

¹⁵¹ Decisión de la Comisión Europea de 4.7.2007, *Wanadoo España v. Telefónica* (COMP./38.374). IP/07/1011, de 4.7.2007; MEMO/07/27, de 4.7.2007.

¹⁵² Decisión de la Comisión de 4.7.2007, COMP./38.374, *Wanadoo España v. Telefónica*, marg. 691.

¹⁵³ Asunto C-295/12 P, EU:C:2014:2062, marg. 128.

¹⁵⁴ Asunto C-295/12 P, EU:C:2014:2062, marg. 133.

¹⁵⁵ Asunto T-336/07, *Telefónica v. Comisión*, EU:T:2012:172, marg. 300.

Segunda. Las normas de defensa de la competencia no se aplican a las *restricciones que estén amparadas en el derecho de la UE o en la ley*. No obstante, las leyes pueden ser contrarias a las normas europeas o a la Constitución española, por permitir actuaciones empresariales anticompetitivas, siempre que no resulten necesarias y proporcionadas para alcanzar legítimos objetivos de interés general.

Tercera. El ejercicio de *potestades públicas administrativas* (reglamentos o actos administrativos) puede ser ilícito, por amparar actuaciones empresariales anticompetitivas. No obstante, no es actividad económica empresarial, por lo que, en sí mismo, no puede ser constitutivo de prácticas colusorias o de abuso de posición dominante, ni ser sancionado como tal. Además, la actuación en régimen jurídico-público tiene presunción de validez, que solo se destruye mediante los correspondientes recursos judiciales.

Cuarta. Las autoridades administrativas pueden ser sancionadas cuando lleven a cabo *actuaciones materiales* o en *régimen jurídico-privado* que sean constitutivas de prácticas colusorias o de abuso de posición dominante.

Quinta. Las normas de defensa de la competencia se aplican a las *corporaciones públicas sectoriales*, cuando se comportan como empresas o asociaciones de empresas. No obstante, la jurisprudencia europea no ha establecido criterios claros que permitan distinguir cuándo ejercen funciones públicas y cuándo llevan a cabo una actuación privada. En el derecho español, no debería ser sancionada como conducta empresarial anticompetitiva una actuación en régimen jurídico-público. No obstante —cuando las autoridades españolas apliquen las normas de defensa de la competencia de la UE—, para salvaguardar su efecto útil, podrían también tener que aplicar los criterios que maneja la jurisprudencia europea en relación con la actuación de los colegios profesionales.

Sexta. Las normas de defensa de la competencia no se aplican a las conductas que sean objeto de *regulación sectorial*, salvo que esta deje a la empresa un margen para llevar a cabo una actuación anticompetitiva.

